

Corte Suprema de Justicia

(Sala Plena)

ES INCONSTITUCIONAL EL JUZGAMIENTO DE CIVILES POR MILITARES. PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL

Una de las más preciosas conquistas de la civilización política es la de la justicia administrada por órganos independientes, imparciales y versados en la ciencia jurídica. La justicia penal militar, por su organización y por la forma como se integra y como funciona, no hace parte de la Rama Jurisdiccional, como lo exige la Constitución, para el juzgamiento de la población civil.

Comentario: Dr. HERNANDO LEÓN LONDOÑO B.

I. DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO-LEY 3671 DE 1986 *

Mag. Ponente: Dr. JESÚS VALLEJO MEJÍA
Marzo 5 de 1987

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor procurador general de la nación hace un amplio recuento de la jurisprudencia de la Corte sobre el tema principal del decreto, así como de los conceptos que sobre lo mismo ha emitido el ministerio público, para llegar a las siguientes conclusiones:

- a) El decreto cumple con los requisitos formales pertinentes.
- b) La procuraduría no entra a analizar en detalle la conexidad entre las disposiciones fundamentales del decreto y las causas de perturbación del orden público invocadas por el gobierno al decretar el estado de sitio, por considerarlo innecesario, ya que en su opi-

nión la medida es inconstitucional desde el punto de vista jurídico, por infracción de los arts. 26, 51, 58 y 170 de la Carta. Reitera en este punto los últimos conceptos emitidos por ese despacho en oportunidades anteriores.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El texto del art. 42 del acto legislativo núm. 1 de 1968, que corresponde al art. 121 de la actual codificación constitucional, es resultado de serios debates que tuvieron lugar en el seno del Congreso en busca de una fórmula jurídica que diera claridad sobre las facultades del gobierno para el manejo de situaciones de emergencia que alteraran lo que ahí

* El expediente en que aparece contenida la decisión se halla radicado bajo el núm. 1562 (235-E). Sentencia núm. 20, acta N° 08. Suerte similar a los decretos 3671 y 3664/86 corrió el decreto 340/87 que otorgaba facultades de Policía Judicial a las Fuerzas Militares, el cual fue declarado inexecutable recientemente.

se denominó "Orden Público Militar - Político", en contraste con el "Orden Público Económico" para el cual se previó el art. 122 de la Constitución, y a la vez le otorgara poderes razonablemente amplios para afrontar los casos de guerra exterior o de conmoción interior.

El constituyente de ese año consideró que, a pesar de los abusos cometidos con el estado de sitio, convenía conservar sus lineamientos fundamentales en beneficio de valores superiores como la defensa del territorio patrio, la salvaguarda de las instituciones republicanas y el mantenimiento de la paz y del orden institucional, corrigiendo sin embargo las distorsiones que habían resultado de su aplicación en las décadas precedentes y trazando pautas para circunscribirlo al ámbito que le es propio.

Por eso, en la ponencia para segundo debate en el Senado respecto del acto legislativo núm. 46 de 1966, "Reformatorio de la Constitución Política", se hicieron las siguientes alusiones:

"Inmedita y obligada consecuencia de la tipificación del orden público económico fue la revisión sustancial del instituto del estado de sitio, configurado en el art. 121 en su acto reformatorio de 1960. En uso de los poderes militares o policivos que puede poner en acción el gobierno durante el estado de sitio, solo podrían afectarse transitoriamente garantías individuales o sociales «en los casos previstos en la Constitución» (art. 36). Queda cerrada así, terminante y herméticamente, la puerta a la funesta y corruptora teoría de los poderes implícitos o de las atribuciones naturales o de las facultades extensivas y extensibles del gobierno que, en los cuarenta años últimos, se ha ido erigiendo, sinuosa y torticeramente, en una especie de derecho natural del ejecutivo, anterior y superior a la Constitución. En adelante, el gobierno no podrá modificar ni derogar la Constitución ni las leyes. Podrá suspender temporalmente algunas garantías «en los casos previstos en la Constitución» y las leyes incompatibles con el estado de sitio" (*Historia de la reforma constitucional de 1968*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1969).

Estas opiniones se tuvieron en cuenta a lo largo del debate, si bien se intentó matizarlas para posteriormente buscar una fórmula que, "manteniéndose dentro de la misma línea de pensamiento de precisar los poderes jurídicos del gobierno en periodos de estado de sitio" (subraya la Sala), le otorgase "los que conforme a la experiencia se requieran en los eventos de intranquilidad pública", señalándolos taxativamente, "con el noble propósito institucional de que el gobierno no se convierta en legislador ordinario, fuente segura del prestigio del Congreso, y de su aniquilamiento como órgano democrático" (ib. pág. 486).

Por eso, en el inciso 1° del art. 121 se estipuló que por la declaratoria de estado de sitio quedaría investido el gobierno de tres clases de facultades, a saber: las legales; las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público; y las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones.

En la misma ponencia que se viene citando se explicó concretamente cuál era el alcance que se preveía para cada una de esas facultades, en los siguientes términos:

"1°.—Facultades Legales.

"Son aquellas facultades para el gobierno existentes en las leyes y que pueden contribuir a superar las circunstancias de emergencia, o las especiales que se dicten en el futuro como, por ejemplo, aumento de las penas de ciertos delitos, el establecimiento de ciertos controles, etc. Ellas pueden ser suspendidas por el gobierno mediante decretos legislativos, si en la materia tiene facultades constitucionales. También se comprenden en este haz de facultades las que la Constitución otorga al presidente de la república de manera ordinaria, como la reglamentación del derecho de reunión —art. 45—, y que en un momento dado pueden ser útiles para enfrentar una situación de orden público.

"2°.—Facultades que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público.

"Estas facultades están enumeradas en la Constitución misma y son: el art. 28, que autoriza retener a las personas contra quienes haya graves motivos para temer perturbación del orden público; el art. 33, sobre decretos o indemnizaciones para expropiaciones en tiempos de guerra; el art. 38, sobre circulación de impresos por los correos; el art. 42, de restricciones a la libertad de prensa; el 43, sobre imposición de contribuciones por autoridades distintas al Congreso, las Asambleas y los Concejos; el 61, sobre acumulación de la autoridad política o civil y la judicial o militar, y el art. 206, que faculta para percibir impuestos o contribuciones y hacer erogaciones que no figuren en el presupuesto.

"Estas facultades, y las anteriores, son las que, para los casos más frecuentes de orden público, empleará el gobierno. De su lectura se desprenden poderes concretos y limitados del ejecutivo y la imposibilidad de abordar otros campos de legislación.

"3°.—Las reglas aceptadas por el derecho de gentes para la guerra entre naciones.

"Aunque en este punto no se ha introducido ningún cambio a lo estipulado actualmente en la Carta Fundamental, conviene explicar que la referencia a las reglas aceptadas por el derecho de gentes para la guerra entre naciones es la remisión a un estatuto que conlleva poderes como limitaciones, de aplicación tanto en caso de conmoción inferior como de guerra exterior. El derecho de gentes está hoy en día conformado por las reglas y principios contenidos en los tratados y convenios internacionales que hayan venido regulando las operaciones de la guerra para humanizarla, y que contemplan disposiciones sobre el trato que debe darse a las personas y a las cosas que se hallen vinculadas a la guerra según su mayor participación o la gravedad del conflicto.

"Dichas reglas a las cuales se ha venido suscribiendo Colombia mediante la ratificación de los tratados internacionales, si bien implican poderes sobre las personas y las cosas, suponen también y, esencialmente, limitación en la conducción de las acciones bélicas,

pues se han establecido para ello y en guarda de la dignidad de la persona humana, y con el propósito de eliminar la barbarie en los conflictos armados.

"Pueden ser de aplicación tanto en los eventos de conmoción interior, si la gravedad de la situación da lugar a las circunstancias previstas en el derecho de gentes y cuando ella alcance perfiles bélicos, como los de guerra exterior, y, de todos modos, confirma la tradición colombiana de respeto al derecho internacional en las penosas circunstancias de los conflictos armados".

De esa manera, límites de las facultades de estado de sitio se tornaron precisas, como lo dice el mismo art. 121, y se abandonó expresamente la tesis del fallo de junio 12 de 1945 según el cual el deber que tiene el presidente de conservar y restaurar el orden público lo dota implícitamente de todas las facultades necesarias para cumplir su cometido. Esa idea de restringir los poderes gubernamentales durante el estado de sitio se tradujo, además, en la limitación temporal de las retenciones que autoriza el art. 28 y en el control automático de constitucionalidad de los decretos legislativos que se dicten dentro de su vigencia.

Como por estas facultades no es posible derogar las leyes sino tan solo suspender las que sean incompatibles con el estado de sitio, conforme se dispuso desde el acto legislativo núm. 3 de 1910, ha sostenido la Corte en forma reiterada que dichas facultades encuentran limitaciones en la necesidad de restablecer el orden, lo cual implica que las medidas del caso deben tener relación o nexo causal con los motivos de perturbación y estar encaminadas a eliminarlas" (vid. sent. mayo 14 de 1970).

El fallo que se cita prosigue diciendo:

"De ahí que la competencia de la Corte no esté circunscrita al examen de los decretos legislativos por el solo aspecto de la eventual infracción directa de ciertos preceptos de la Constitución, sino, también, porque de ella forma parte el art. 121, para decidir si las medidas que contemplan se dirigen a cumplir el fin propio de la institución del estado de

sitio y se encuentran dentro de los «precisos límites» a que alude el citado artículo” (id.).

Corroboró de ese modo la Corte lo que venía sosteniendo de tiempo atrás, especialmente en el fallo del 24 de julio de 1961, al que después se hará alusión en esta sentencia, en el que se habló de la importancia cardinal que tiene la limitación que se viene examinando, y se afirmó “que es necesario que la ruptura del orden público objetivamente se halle en relación inmediata y directa, por nexo de causalidad eficiente, con ciertas y determinadas leyes que, por lo mismo, son o han llegado a ser el origen del desorden o una valla verdadera para el regreso a la normalidad” (sent. julio 24 de 1961). Análogo pronunciamiento hizo la Corte en fallo de 23 de septiembre de 1958, cuando dijo que “el gobierno, en ejercicio de las facultades excepcionales de que trata el art. 121 de la Carta, solo puede dictar las medidas cuya finalidad sea el restablecimiento del orden público, es decir, aquellas en que aparezca ostensible relación entre la conmoción interior y la necesidad de regresar a la normalidad”.

En conclusión, como a la Corte se le ha confiado la guarda de la integridad de la Constitución (art. 214), al ejercer el control jurisdiccional sobre los decretos que dicte el gobierno en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 121, esta corporación debe pronunciarse no solo acerca de su fundamento en la ley, la Constitución o el derecho de gentes, y de su congruencia con normas constitucionales que aun en estado de sitio deben ser observadas por aquel, sino sobre su conexidad con los motivos que ocasionan la declaratoria de la emergencia político-militar.

Analizando el decreto desde este punto de vista, la Corte no encuentra objeción alguna que formularle, pues fue dictado dentro del régimen del estado de sitio que instauró el decreto 1042 de 1984 y lleva las firmas del presidente y de todos los ministros del despacho.

CONTENIDO DEL DECRETO 3671 DE 1986

El acto que se examina puede desglosarse en los siguientes temas:

a) La adscripción a la justicia penal militar (comandantes de Brigada, Fuerza Naval, Base Aérea “Germán Olano”; Comando Unificado del Sur) de la competencia para conocer de los delitos a que se refieren los arts. 32, 33, 34, y 35 de la ley 30 de 1986, en cuanto a las cantidades de “semillas, plantas y droga” que prevé el art. 2° del decreto que se examina y a los delitos conexos con tales infracciones (arts. 1°, 2°, 4° y 6°).

b) La determinación del procedimiento correspondiente, que es el señalado en el art. 590 del Código Penal Militar, con la advertencia de que los fallos que se dicten serán consultables (art. 1°), la de que “la captura y la detención preventiva se regirá por las normas pertinentes del Código de Justicia Penal Militar” dentro de los términos que fija el art. 5° del mismo decreto y la de que los infractores no tendrán derecho a la libertad provisional ni a condena de ejecución condicional.

c) La autorización a los jueces de instrucción criminal para instruir los procesos contra particulares por los delitos a que se refiere el art. 1° del decreto, para lo cual “los directores seccionales de instrucción criminal comisionarán a los jueces de instrucción criminal previa solicitud de los comandantes de Brigada, Fuerza Naval, Base Aérea “Germán Olano” y Comando Unificado del Sur” (art. 4°).

d) La vigencia del decreto, el cual rige a partir de su publicación, suspende las normas que le sean contrarias (art. 8°) y es aplicable a los procesos iniciados a partir de su vigencia.

LA COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES MILITARES PARA CONOCER Y JUZGAR DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

Aunque sobre esta materia ha habido jurisprudencia reiterada de la Corte a partir del

fallo de 12 de junio de 1945, con la sola excepción del de 24 de julio de 1961 al que atrás se aludió, la solución tradicional ha sido objeto de aguda controversia no solo en el seno de esta corporación sino (sic) la opinión pública en general, hasta el punto de que a raíz de la revisión del decreto 1042 de 1984, esta corporación se dividió por mitades entre los partidarios de la declaratoria de exequibilidad de dicho acto y los que propugnaban su inexecutable, empate que hubo de dirimirse con la intervención de un juez que votó por la primera de tales alternativas. Es bueno recordar que el procurador general de la Nación emitió en aquella oportunidad su concepto adverso a este tipo de medidas.

Conviene entonces examinar cuidadosamente los fundamentos constitucionales del acto que se revisa, en cuanto adscribió a la justicia penal militar la competencia para conocer de los delitos a que se refieren los arts. 32, 33, 34 y 35 de la ley 30 de 1986, de acuerdo con las cantidades de “semillas, plantas y droga” que menciona el art. 2° del mismo decreto, y de los delitos conexos con tales infracciones.

Ha considerado la Corte que precisamente el art. 61 de la Constitución, según el cual “ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar” autoriza al gobierno para ordenar, con motivo de guerra exterior o conmoción interior, la acumulación de las autoridades civil o militar y la judicial, asignándoles funciones jurisdiccionales a órganos pertenecientes al ejecutivo o al ramo castrense.

Esta solución no se desprende del tenor literal del texto referido, el cual formula una prohibición para “tiempo de paz”. Solo por un razonamiento *a contrario* y con las reservas que este impone, es posible admitir que el art. 61 permite en estado de sitio el ejercicio simultáneo de las autoridades política o civil y la judicial, por una parte, o de aquellas y la militar por otra, pero no el de las autoridades judicial y militar. Esto último no se

infiere necesariamente de lo anterior, ni tampoco la tesis antagónica.

La Constitución permite para épocas de normalidad que haya un alcalde militar o un alcalde juez, pero no prevé que un juez comande las Fuerzas Armadas o que un militar sea juez para sujetos civiles. En consecuencia, del art. 61 de la Constitución no se desprende una *facultad precisa*, como lo exige el art. 121 id. para disponer por medio de decreto legislativo el ejercicio simultáneo por parte de una persona o corporación, de las autoridades judicial y militar.

Debe agregarse que el art. 170 de la Constitución Nacional, según el cual “de los delitos cometidos por los militares en servicio y en relación con el mismo servicio conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código de Justicia Penal Militar”, es de aplicación restrictiva, por lo que consagra el llamado “fuero castrense”, dentro del estado de sitio, a la población civil sin violar el art. 26 de la Constitución Nacional.

Los tribunales militares son competentes para juzgar delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Pero, se repite, no hay texto alguno de la Constitución que otorgue una facultad precisa según el art. 121 de la misma, para asignarles el carácter de tribunal competente respecto de delitos cometidos por civiles. Y no se diga que la ley y, por ende, los decretos legislativos, pueden establecer libremente tribunales y juzgados que administren justicia, al tenor del art. 58 de la Constitución, de donde resultaría viable una medida como la que se revisa, porque el principio de la separación de las ramas del poder público, que consagra el art. 55 de la Constitución Nacional, exige que los jueces ejerzan funciones separadas, esto es, independientes respecto del Congreso y de la rama ejecutiva. Y los tribunales militares no pertenecen a la rama jurisdiccional sino a la organización jerárquica de las fuerzas armadas, por lo cual no

cabe predicar de ellos las notas de independencia y de especialización que, según los principios del Estado de derecho, deben caracterizar la administración de justicia.

Ha dicho la Corte, en fallo relativo a una disposición que extendía el ámbito de las cortes marciales al juzgamiento del personal civil y que es aplicable al caso que se estudia, lo siguiente:

“La justicia penal militar se administra de un modo acelerado, con parquedad de procedimientos y del ejercicio del derecho de defensa, sobre todo en el aspecto fundamental de las pruebas. Así lo requiere la naturaleza de la institución castrense y la importancia de mantener la autoridad y respetar la jerarquía de los cuerpos militares. *Por ello, solo se concibe respecto de estos y en relación exclusiva con tal actividad y los ilícitos cometidos en desarrollo de la misma.* Consagrarla, involucrando personas distintas de los militares en servicio activo y delitos diferentes a los que se relacionan con el mismo servicio, equivale a suplantarse el orden constitucional, concediéndole el art. 170 de la Carta un valor genérico y no específico que es el que debe corresponder” (C. S. J., fallo de oct. 4 de 1971; subraya la Sala).

Esta corporación comparte, desde luego, la inquietud general que existe por la situación tan compleja que afecta a la sociedad colombiana, sometida hoy a la acción disolvente de la delincuencia organizada y de los grupos subversivos. Pero a la guerra que desde dichos frentes se ha desatado en contra de las instituciones no es posible responder haciéndoles perder a estas su fisonomía propia, plasmada expresamente por la Constitución Política que les confiere legitimidad a sus actos. El estado de derecho reposa sobre unos equilibrios muy delicados y sutiles que obran en el seno del poder público y en las relaciones de este con los súbditos. La limitación y especialización funcional de las ramas del poder, así como la garantía de los derechos de las personas, dentro de los límites que traza el bien común, no pueden perderse

de vista al examinar las soluciones que deben tomarse para combatir a los perturbadores del orden público.

A las fuerzas armadas les corresponde una misión noble y difícil, cual es la que les señala la Constitución de “defender la independencia nacional y las instituciones patrias”. La disciplina militar les impone a sus efectivos toda clase de sacrificios, aun el de la vida, en cumplimiento de su deber. Pero no es justo ni conveniente para las propias fuerzas armadas y desde luego para el país en general, hacer recaer sobre ellas responsabilidades que deben ser asumidas por otros órganos del Estado y aun por la propia comunidad.

Se ha dicho que la Corte, en guarda de la integridad de la Constitución, asume el papel de “juez estadista”. Ello es cierto, dado que no debe limitarse a un examen formal y de cierto modo mecánico de los textos constitucionales y de su aplicación a los casos sometidos a su revisión, sino que le toca penetrar en el sentido profundo de las instituciones políticas y del ordenamiento jurídico que nos rige para, desde dicha perspectiva, analizar las repercusiones que producen en el equilibrio constitucional los actos que ella controla.

Desde este punto de vista, no puede dejar de ser preocupante que se diga con demasiada reiteración que los jueces no están en capacidad de cumplir con su deber respecto a determinados fenómenos delictivos que ya son endémicos en nuestra sociedad y que, en consecuencia, son las fuerzas armadas (sic) deben entrar a suplir sus deficiencias. Con la misma lógica habría que decir que la labor legislativa y hasta la del gobierno tendrían que ser asumidas por aquellas, desquiciando así todo el orden constitucional.

El juzgamiento de civiles por tribunales militares no obedece, como se ha dicho con deplorable ligereza, a un simple traslado de competencias entre unos órganos judiciales previstos por la propia Constitución. Ya se dijo atrás que el art. 170 de esta contempla los tribunales militares exclusivamente para conocer de las faltas cometidas por militares

en servicio y dentro del mismo, en razón de un fuero especialísimo que se explica por la naturaleza de la institución armada. Asignarles el conocimiento de delitos cometidos por sujetos civiles implica algo más de fondo: una alteración sustancial del equilibrio de los poderes públicos y un cambio radical en la concepción acerca de la administración de justicia.

Se ha aludido a los aspectos perturbadores que desde el punto de vista institucional resultan del hecho de extender la acción de las fuerzas armadas a campos diversos de los que no solo la Constitución sino la propia naturaleza de las cosas les ha trazado. Conviene referirse ahora a lo que ello envuelve en torno a la concepción de la justicia.

Una de las más preciosas conquistas de la civilización política es la de la justicia administrada por órganos independientes, imparciales y versados en la ciencia jurídica. No hay que explayarse en demasiadas consideraciones para demostrar las bondades de este principio. Ahora bien, la justicia penal militar, por su organización y por la forma como se integra y como funciona, no hace parte de la rama jurisdiccional, como lo exige la Constitución para el juzgamiento de la población civil. Quizá responda a la angustia y a la indignación que experimenta la opinión pública cuando se ve amenazada e inerme ante fuerzas oscuras y excepcionalmente dañinas. Pero el sentido propio de la función jurisdiccional no es encontrar responsables a todo trance, sino castigar el culpable y absolver al inocente, lo cual exige una reflexión ponderada que no suele darse cuando hay que actuar con celeridad frente a las perturbaciones del orden público.

Las urgencias del momento, por apremiantes que lleguen a ser, no son móvil plausible para disponer y tolerar un desbordamiento de las órbitas que la Constitución le asigna a cada una de las ramas del poder público. La anormalidad en los hechos no puede combatirse creando anormalidad en las estructu-

ras jurídicas de la República, pues en todo tiempo deben prevalecer los mandatos constitucionales sobre las normas de inferior categoría.

Solo así se mantiene la incolumidad de nuestra Carta Política, como su art. 214 le impone garantizar a la Corte Suprema de Justicia.

Es tradicional la diferencia que la doctrina jurídica ha establecido entre la función jurisdiccional y el poder de policía. A este le corresponde conservar y restaurar el orden público aparente, lo cual realiza con la aplicación de medidas eminentemente transitorias y revisables, que no van dirigidas a solucionar las causas de fondo de los conflictos sociales sino a resolver sus aspectos epidérmicos. El sentido propio de la institución del estado de sitio se encuentra en el concepto de una alta policía, ampliada en razón de la gravedad de las circunstancias a campos en los que dicho poder normalmente no se aplica. No se puede perder este horizonte, dentro del cual es posible hacer uso de muchos recursos para controlar los comportamientos de los súbditos en orden a prevenir y reprimir por la fuerza las perturbaciones, confundiendo lo que es propio del poder de policía con lo que pertenece al ámbito de la función jurisdiccional, a la cual le toca pronunciarse con fuerza de verdad legal acerca de la responsabilidad jurídica de quienes intervengan en los procesos como inculpatos o demandados.

Así, mientras la policía no tiene por qué entrar en demasiadas consideraciones sobre el fondo legal de una situación dada, ya que lo que busca es su conformidad con un orden aparente, la jurisdicción debe buscar ante todo la verdad legal de la situación y pronunciarse definitivamente sobre ella, con fuerza de cosa juzgada.

Ello hace que los procedimientos policivos sean expeditos y autoritarios, mientras (sic) los jurisdiccionales deben permitir una consideración serena y cuidadosa acerca de los hechos sometidos a la decisión de los jueces.

Acerca del carácter policivo que, en general, tienen las atribuciones del gobierno durante el estado de sitio, ha dicho la Corte lo siguiente:

“Cuando la perturbación sobrepasa los límites corrientes, al extremo de que produce una conmoción tal como el grave tumulto que pone en peligro la subsistencia de la autoridad legítima o un alzamiento generalizado contra el Estado, los medios «habituales» resultan insuficientes y debe apelarse a los excepcionales y extraordinarios pero siempre dentro de los límites de la Constitución y de las leyes, de los tratados internacionales o del derecho de gentes y de los principios universales que caracterizan y tutelan la supremacía del derecho; o sea, de la regla, por oposición al arbitrio personal de un individuo, de un grupo o de una corporación. Y como siempre que se trate de policía, los medios que se empleen deben guardar íntima y precisa relación con la necesidad de proteger la libertad. Además, serán proporcionados con la causa que motive su empleo” (sent. del 5 de diciembre de 1979; la subrayas son de la Sala).

Los poderes del estado de sitio le permiten al gobierno tomar disposiciones policivas muy variadas y eficaces para combatir el narcotráfico y sus secuelas perjudiciales dentro de la sociedad, de modo que atenúen la alarma social producida por los graves crímenes presumiblemente realizados por la delincuencia organizada, sin necesidad de suplantar a las autoridades jurisdiccionales, y, lo que es más grave, de distorsionar el sentido propio de la administración de justicia, lo que no deja de tener delicadas repercusiones en el orden institucional.

Es oportuno recordar aquí uno de los pasajes centrales del fallo del 24 de julio de 1961, en el cual se hicieron importantes precisiones sobre el tema en estudio:

“Aparentemente la función falladora acumulada a la actividad instructiva confiere agilidad y presteza a la forma eliminatória de los estados de violencia perturbadores del orden público. Pueden verse en la medida altas razones encaminadas al logro de la normalidad por el empleo de instrumentos adecuados a la pronta y eficaz lucha contra la delincuencia como garantía del sosiego público. Pero

el examen institucional de la cuestión descubre el espejismo y no permite recibir el sistema profundamente perturbador que suplanta la actividad de los jueces y les arrebató la competencia que de derecho y en los hechos, están capacitados para ejercer; que en todo tiempo, y mayormente en casos de emergencia, puede y debe recibir todo estímulo natural e indispensable para su oportuno, eficaz y ágil desempeño, con solo proveer por los cauces constitucionales todos los elementos morales y materiales en respaldo de función tan elevada, y todo el personal extraordinario que las circunstancias demandan; que con la justicia haya justicia, para contrarrestar debidamente el peligro de la violencia endémica, y atender y hacer frente al aumento de los procesos punitivos en curso, cuyos trámites además, pueden hacerse tan rápidos como lo permite la salvaguardia del derecho de defensa ante jueces competentes” (subraya la Sala).

Así las cosas, no solo por la interpretación gramatical del art. 61 de la Constitución sino también por su sentido institucional, al relacionarlo con los arts. 26, 55, 58 y 170 de la Carta, esta corporación habrá de declarar la inexecutable de los arts. 1º, 2º, 4º y 6º del decreto que se revisa por cuanto infringen los preceptos constitucionales mencionados, declaración que tendrá que extenderse a las restantes disposiciones del mismo decreto, por cuanto se explican necesariamente en función de dichos textos.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, previo estudio de su Sala Constitucional y oído el concepto del procurador general de la Nación,

RESUELVE:

Declarar inconstitucional el decreto legislativo 3671 del 19 de diciembre de 1986.

Cópiese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, insértase en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

SALVAMENTO DE VOTO

DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES JAIME GIRALDO ÁNGEL, ALBERTO OSPINA BOTERO Y HÉCTOR MARÍN NARANJO

Nuestro disenso con relación a la decisión adoptada por el voto mayoritario de la Sala se refiere a dos aspectos complementarios: el primero hace relación a que no compartimos la afirmación que se desprende de la sentencia, de que la justicia penal militar no puede, en ningún tiempo, conocer de delitos cometidos por civiles. El segundo, a que consideramos es exequible el decreto 3671 de 1986, por medio del cual se asignó a dicha justicia el conocimiento de algunos delitos de narcotráfico, dadas las circunstancias que motivaron la declaratoria del estado de sitio que le dio soporte jurídico a la expedición del mencionado decreto. Analizaremos estos dos puntos en forma separada.

1. Competencia de la justicia penal militar para conocer, en casos de guerra exterior o de conmoción interior, de los delitos cometidos por civiles.

En tiempo de paz no hay duda alguna que la justicia penal militar solo puede conocer “de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio”, como literalmente reza el art. 170 de la Carta. Pero de aquí no se colige que este mismo régimen sea el previsto por nuestra Constitución Nacional para épocas de anomalía en que se pueda ver envuelto el país.

Por el contrario, el art. 61 de la misma dice que “ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o militar”, por lo que, a contrario sensu, en tiempo que no sea de paz podrá existir el ejercicio simultáneo de funciones públicas diversas por los distintos órganos del Estado.

Dentro de una limitada interpretación exegética de la norma se ha afirmado que de su texto literal solo se colige la posibilidad de

que en tiempo de guerra la autoridad civil, y no las demás, puede ejercer también la judicial y la militar. Si ello fuera así, la norma sobraría, por lo menos en lo que al ejercicio de la autoridad militar se refiere, pues enfáticamente dice el numeral 8º del art. 120 de la Carta que corresponde al presidente de la República “dirigir, cuando lo estime conveniente, las operaciones de la guerra como jefe de los ejércitos de la República”. Aun en tiempo de paz el presidente es el jefe supremo de las fuerzas militares.

El derecho es un instrumento cultural de los pueblos encaminado a resolver los conflictos que se le presentan en cada momento histórico, y es en función de su eficacia para alcanzar este objetivo como debe ser interpretado. Cuando hay perturbación del orden público del país por factores externos o internos, el Estado debe tener la capacidad de utilizar a plenitud sus recursos, para garantizar el restablecimiento del orden y del sosiego social. Es en estos momentos cuando las fuerzas militares, adiestradas y equipadas para enfrentar las más adversas condiciones, pueden asumir el cumplimiento de muchas funciones del Estado, como las de llevar salud, protección y bienestar social a los sitios convulsionados, en donde no se puede llegar a prestar normalmente los servicios a la comunidad. Y estas posibilidades están contempladas en el art. 61 de la Carta, así ellas no se desprendan de su escueta interpretación literal.

La interpretación que se propugna en este salvamento se hace aún más imperativa a partir de la reforma constitucional de 1945, en la que se morigeró sustancialmente el principio de separación de las ramas del poder público, estableciendo para ellas el deber de colaborar armónicamente a fin de lograr el cumplimiento de los fines del Estado (art. 55 de la Carta).

Igualmente, y en casos específicamente relacionados con los motivos de turbación del orden público, las autoridades militares pueden cumplir funciones judiciales con relación a los civiles involucrados en ellos. Nuestro

país ha suscrito distintos tratados en los que esta eventualidad está expresamente pactada, sin que hasta ahora se hayan tildado de inconstitucionales. En el Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, aprobado por la ley 5ª de 1960, se prevé, en los casos de conflicto entre varios Estados, el juzgamiento de civiles por autoridades militares para permitirle a la potencia ocupante garantizar la administración regular del territorio ocupado, así como la seguridad de los miembros y bienes de las fuerzas de ocupación. La Convención Americana de Derechos Humanos (Tratado de San José de Costa Rica), aprobado por la ley 16 de 1972, prevé en su art. 27 la suspensión de la garantía del "juez natural" en "caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado" (la subraya es nuestra). No hay pues duda de que en nuestra Constitución hay previsiones suficientes para que en circunstancias excepcionales la justicia penal militar pueda conocer de delitos cometidos por civiles, cuando estos estén relacionados con dichas circunstancias.

2. Competencia de la justicia penal militar para conocer de delitos de narcotráfico, de acuerdo con el decreto 3671 de 1986, expedido por el gobierno nacional en uso de las facultades del art. 121 de la Constitución Nacional.

En nuestro ordenamiento jurídico quien tiene facultad para determinar cuándo el país se encuentra "en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado" es el gobierno nacional. Uno de los mecanismos creados por la Constitución Nacional para el efecto es la declaratoria del estado de sitio, prevista en el art. 121 de nuestro estatuto fundamental. Dice así la mencionada norma:

Art. 121.—En caso de guerra exterior o de conmoción interior, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella..."

Este acto no es en manera alguna una decisión discrecional del presidente de la República, pues se exige para su expedición el concepto previo y favorable del Consejo de Estado. Por otra parte está sometido a control político cuando la misma Carta dispone que "...serán responsables el presidente y los ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior..."

Con base en esta facultad el presidente de la República, mediante el decreto 1038 de mayo 1º de 1984, con ocasión del asesinato del ministro Rodrigo Lara Bonilla, declaró turbado el orden público en todo el territorio nacional. En uno de los considerandos del mencionado decreto se dice expresamente:

"Que por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, viene perturbándose gravemente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional".

Por consiguiente, el país, a través de sus mecanismos institucionales estaba dentro del régimen del estado de excepción que autorizaba la expedición de medidas extraordinarias encaminadas a remover las causas que implicaban la perturbación del orden público.

3. Las atribuciones del presidente de la República con fundamento en el art. 121 de la Constitución Nacional.

Es claro que con ocasión de la declaratoria del estado de sitio el presidente solo tiene "las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las que conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones", tal como reza la parte final del inciso primero del mencionado art. 121. Pero ya se ha visto cómo nuestra Constitución Nacional en su art. 61, y el derecho de gentes en los distintos tratados en que se han incorporado sus principios, prevén la posibilidad de que la justicia penal mili-

tar juzgue a civiles en las específicas condiciones que hayan motivado la declaratoria de turbación del orden público.

Por otra parte, a más del soporte jurídico que debe tener la medida que se tome para el restablecimiento del orden, ella debe estar en relación de conexidad con los factores que motivaron la perturbación. Como lo dice el fallo del que respetuosamente nos separamos, haciendo alusión a una jurisprudencia de la Corte de mayo 14 de 1970, las facultades del presidente de la República durante el estado de sitio "encuentran limitaciones en la necesidad de restablecer el orden, lo cual implica que las medidas del caso deben tener relación o nexo causal con los motivos de perturbación y estar encaminadas a eliminarlas".

Corresponde pues a la Corte velar no solo porque la medida no desborde los límites constitucionales, sino también porque ella esté en relación de conexidad causal con los fenómenos que motivaron la declaratoria de turbación del orden público.

Dentro de este contexto, no hay duda (sic) que el decreto se ajusta a las exigencias de nuestros cánones constitucionales: Fue expedido con fundamento en las facultades que concede la Carta al presidente de la República cuando se ha producido la declaratoria del estado de sitio, y está en relación de conexidad causal con los motivos que originaron dicha declaratoria.

Sin embargo, situado el problema en este terreno, se presenta la posibilidad de mezclar juicios de conveniencia con los de viabilidad jurídica de la medida adoptada. Quienes salvamos el voto compartimos íntegramente las preocupaciones de la opinión mayoritaria de la Sala en cuanto a los inconvenientes de adoptar estereotipadamente como mecanismo de solución de todos los conflictos que se suscitan en el país el transferirle la responsabilidad de ellos a las fuerzas militares, con un desprecio institucional que está resquebrajando seriamente la estructura jurídica del país, y estamos de acuerdo en la necesidad de mantener muy en alto los valores de la civilidad

y la democracia. Hubiéramos preferido que el gobierno, haciendo uso de las facultades extraordinarias que tuvo durante dos años para reformar el Código de Procedimiento Penal, hubiese creado un grupo especializado de jueces que con todas las garantías de seguridad y todos los estímulos necesarios, pudiera afrontar, dentro de los canales institucionales de la justicia ordinaria, las graves situaciones que afectan la tranquilidad nacional, como reiteradamente se le sugirió. No lo quiso hacer así y recurrió al camino fácil de transferir a la justicia militar la competencia para conocer de algunos delitos que motivaron la declaratoria del estado de sitio. Pero el hecho de que esta decisión no haya sido la más conveniente para la vida del país, no la hace por eso inconstitucional.

SALVAMENTO DE VOTO

DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA, LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA, HÉCTOR GÓMEZ URIBE, Y RAFAEL ROMERO SIERRA

Los suscritos magistrados disintimos de la decisión adoptada por la mayoría de la Corte, por las siguientes razones:

La institución del estado de sitio es de carácter extraordinario, puesto que se concibió precisamente para enfrentar situaciones de orden público respecto de las cuales son insuficientes las facultades extraordinarias del gobierno.

No es de extrañar, por tanto, que —sin perder su necesario encuadramiento dentro del sistema constitucional— el art. 121 de la Carta permita el ejercicio de ciertas atribuciones de excepción que no pueden ser usadas por el ejecutivo en épocas de tranquilidad y sosiego o normalidad constitucional.

La Constitución señala que durante el tiempo de excepción, siempre y cuando se haya declarado el estado de sitio con las formalidades previstas en ella, el presidente de la República tendrá, "además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiem-

pos de guerra o de perturbación del orden público (como son las que se deducen de los arts. 28, 33, 42, 43 y 61), y las que conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones" (se subraya).

Entre las facultades autorizadas por la Carta para tiempos de perturbación del orden público, es decir, para épocas de no (sic) paz, está la de confiar temporalmente a ciertas autoridades el ejercicio simultáneo de funciones de naturaleza distinta, por ejemplo las judiciales y las militares, siempre que la medida correspondiente guarde conexidad con los motivos que ocasionaron la perturbación.

Se deduce lo anterior no solamente de la razón ya expresada en torno al carácter extraordinario del estado de sitio, pues la naturaleza misma de la perturbación puede aconsejar la aludida concentración temporal de funciones públicas, sino del art. 61 de la Carta, a cuyo tenor, "ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, *en tiempo de paz*, la autoridad política o civil y la judicial o la militar".

Entendemos como evidente que lo opuesto al tiempo de paz es la guerra o la conmoción interna y que las crisis del orden público que ellas representan constituyen supuesto necesario cuando el país ha sido declarado en estado de sitio.

Aunque se pretenda descalificar el argumento *a contrario* por supuestas fallas de lógica jurídica, quienes suscribimos el presente salvamento de voto lo consideramos válido para interpretar el sentido de la norma transcrita, pues se trata de una expresa condición señalada por el constituyente (la de hallarse el país en tiempo de paz) para que se configure y tenga efecto la prohibición allí establecida. No es, por tanto, aplicable el tiempo de turbación del orden público.

De interpretar la prohibición como absoluta, se dejaría sin sentido parte de esa norma constitucional, cuya referencia al art. 121 aparece clara en cuanto este permite al jefe del Estado, durante el tiempo de excepción,

ejercer atribuciones que de otra manera no tendría.

La ponencia a cuyo favor se pronunció la mayoría admite que se transfiera a la jurisdicción penal militar el juzgamiento de civiles por delitos de narcotráfico, cuando una situación excepcional lo requiera. Compartimos este criterio pero discrepamos del concepto expresado por el señor ponente en el sentido de que esa situación excepcional no existe hoy, pues en nuestra opinión la actual coyuntura es de especial gravedad para la justicia y para la Nación, de lo cual da muestras precisamente el conjunto de hechos que motivaron la actual vigencia del estado de sitio y las medidas adoptadas al amparo de este.

A nadie escapa ni puede escapar la grave crisis del orden público que afecta al país, cuyas características son tales que nos hallamos sin duda ante un hecho notorio que, por su naturaleza, no necesita prueba.

1. *El derecho de gentes.*—El art. 121 de la Carta es uno de los pocos que hace referencia expresa a las "reglas aceptadas por el derecho de gentes que rigen para la guerra entre las naciones".

La ponencia hacía alusión a tales reglas, para sostener que el juzgamiento de civiles por tribunales militares era violatorio de ellas.

Sin embargo, del estudio detenido de las normas del derecho internacional se llegó a la conclusión contraria, lo cual concluyó en que se omitiese tal motivación.

2. Los magistrados disidentes recalamos en las opiniones expresadas sobre este trascendente tópico en la discusión en Sala Plena.

3. Tres convenios internacionales se citaban en la ponencia inicial como fundamento de la tesis citada.

a.—La IV Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949, aprobada, aun cuando no textualmente reproducida, por la ley 5ª de 26 de agosto de 1960. Por cierto que tal Convención fue adicionada por el Protocolo II de 10 de junio de 1977, cuyo texto, aun cuando no ha sido aprobado por Colombia, es elemento de interpretación.

b.—Los pactos internacionales de derechos económicos, sociales, culturales y de derechos civiles y políticos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y aprobados por la ley 74 de 1968.

c.—La Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de diciembre de 1969, aprobada por la ley 16 de 1972.

4. Para los suscritos magistrados, la primera de estas concreciones nada tiene que ver con el tema en estudio, ya que se refiere a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, bien sea internacional (art. 2º) o nacional y busca proteger a las personas que no participan en tales hostilidades. Además las alusiones que se hacen a los tribunales militares, están incluidas en la Sección II (Territorios ocupados) del título III (Estatuto y trato de las personas protegidas) y se refiere a los casos de ocupación de un país por otro, lo cual es imposible predicar en el caso de la represión del narcotráfico.

Por lo demás, lo que el art. 3 ordinal a) prohíbe son las condenas dictadas *sin previo juicio* (se subraya) y tal posibilidad se descarta en el decreto revisado, donde se señala el trámite del juicio respectivo (art. 590 del C. de J. P. M.).

5. *Suspensión de garantías.*—Dentro de tales parámetros, los convenios internacionales principalmente aplicables, el de Nueva York de 1966 y el de San José de Costa Rica de 1969, son las bases para concretar las reglas del derecho de gentes.

La última Convención, por ser esencial para el área convulsionada de nuestra América y ser posterior, tiene mayor pertinencia interpretativa. Ambas normas aceptan que en circunstancias excepcionales que allí se concretan, podrá un Estado signatario suspender por tiempo limitado las obligaciones contraídas en el pacto o convención, siempre que "no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho Internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en mo-

tivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social". (Arts. 4 del Pacto de Nueva York y 27 del Convenio de San José de Costa Rica).

Las circunstancias excepcionales son, según esta última disposición, los casos de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o *seguridad* del Estado Parte (se subraya).

Tales presupuestos translucen en esencia los términos "guerra exterior" o "conmoción interior", usados por el art. 121 de la Constitución Nacional.

Ambas normas internacionales determinan en forma específica y concreta, cuáles derechos individuales no pueden ser suspendidos, lo cual *a contrario sensu*, hace deducir cuáles pueden suspenderse.

Pues bien, según la Convención Americana de Costa Rica, pueden suspenderse en tales casos excepcionales el derecho a la libertad personal art. 7); las garantías judiciales (en cuanto no sean indispensables para la protección de los derechos que no pueden suspenderse); el derecho a la indemnización (art. 10); la protección a la honra y dignidad (art. 11); la libertad de pensamiento y expresión (art. 13).

Entre los derechos que no pueden suspenderse, amén de los derechos a la vida e integridad personales, está el principio de la legalidad y retroactividad (art. 9), de evidente relación con el tema a estudio.

Del análisis de lo *dispuesto*, se concluye que aun "la preciosa conquista de ser juzgado por órganos independientes e imparciales" consagrada por el art. 10 de tal Convención, sí puede ser transitoriamente suspendida según ella; máxime cuando la justicia penal militar está establecida con anterioridad a la declaración del estado de emergencia y el procesado es oído.

6. *Principios de reserva y favorabilidad.*—En lo tocante con los principios universales sobre el juzgamiento de los habitantes de un territorio, la Convención de San José establece dos que son intocables e invulnerables

aun en estado de excepción. Coincide este planteamiento con lo determinado en el Pacto de Nueva York.

Estos principios básicos que deben respetarse en todo momento son:

a.—El de *reserva o estricta legalidad* según el cual nadie podrá ser penado sino conforme a previa norma que haya definido el hecho y determinado la pena correspondiente.

b.—El de la aplicación retroactiva de la norma penal.

7. *Constitución y derecho de gentes.*—Coinciden los pactos internacionales citados con la Constitución colombiana (art. 28) en la terminante prohibición de que aun en el tiempo de excepción hay un principio que debe respetarse: el de reserva o estricta legalidad. De sobra sabido es que tal artículo expresa que aun en tiempo de guerra, nadie podrá ser penado *ex post facto* sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente.

Con tales bases debe concluirse que el decreto acusado no viola ni el principio de reserva o estricta legalidad (intangibles según la Constitución y los tratados citados) ni el de favorabilidad respetado en los tratados.

Por los motivos expuestos, los firmantes consideramos que la Corte ha debido declarar constitucional el decreto 3671 de 1986 "Por el cual se dictan disposiciones sobre competencia y procedimiento".

fecha, *ut supra*

SALVAMENTO DE VOTO

DEL MAGISTRADO DOCTOR GUSTAVO
GÓMEZ VELÁSQUEZ

Durante años combatimos, casi solitariamente, en favor de una tesis como la que ahora por fin se ha impuesto. Las razones para ello, si se quiere buscar una completa relación de las mismas, están consignadas en el salvamento de voto que firmamos con los doctores Álvaro Luna Gómez y Jesús Bernal Pinzón

y relacionada con la sentencia de constitucionalidad del decreto 070 de 20 de enero de 1978 (véase *Foro Colombiano*, núm. 106, abril de 1978, págs. 382 a 398). Hoy, con cierto inocultable pesar, debemos disentir del criterio de la mayoría, no porque abstractamente la tesis no corresponda a la más depurada teoría del derecho constitucional, pues sigue siendo válida y conveniente en este plano, sino porque resulta ajena a la palpante realidad actual que la debe inspirar y regular.

Cuando en ese entonces propugnamos el regreso a los cuarteles de los militares, abandonando estos una función que les es eminentemente extraña, cual es la de administrar justicia, no dejamos de advertir que las vicisitudes de la vida nacional podían, por la ceguera de todos, llevarnos a esa encrucijada de hacerla necesaria. Lo peor, cuando se aclimata, también puede tomarse en algo imprescindible.

Lamentablemente hemos ido a parar a esa excepcional coyuntura, no querida pero sí prevista, y de ahí que la declaratoria de inexistencia del decreto 3671 de 1986 no la encontremos procedente. Tardíamente se ha acogido una tesis presentada para circunstancias diferentes y condicionada a factores que durante largo tiempo no se quisieron disponer ni propiciar. *Mutatis mutandi* ha sucedido lo que al médico estupefacto que descubre la existencia de los antibióticos pero cuando el enfermo no los resiste o en el lugar apenas se cuenta con los ungüentos o las sulfas; o de quien advierte la posesión de hermosa prenda de vestir que, por haber pasado los tiempos de su uso, lejos de distinguir puede resultar en algo estrafalario. Lástima grande que cuando decíamos la verdad sobre la justicia penal militar no se nos oyera, ni siquiera por algunos que ahora firman la decisión y pudieron acompañarnos en esa lucha; pero tampoco ahora se nos oiga cuando aconsejamos otro tratamiento, acorde con el afflictivo estado de la juridicidad, situación esta no creada por sus fieles servidores sino por quienes estaban obligados a arbitrar las soluciones oportunas. A los patrocinadores de esta tesis los juzga-

mos idealistas a ultranza, ansiosos de procurar lo mejor para el país y para la guarda de la Constitución Nacional, ajenos a pensamientos extraños a sus funciones y formación de ilustres juristas. De todo esto no nos cabe la menor duda. Pero se ha olvidado que la teoría tiene un momento feliz de aplicación, unas especiales circunstancias y formas de ser propias, todo lo cual, de contrariarse, lejos de producir beneficios no genera sino mayores males. Si algo nutre la entraña del citado art. 121, que alguien denunciando con gracia sus peligros decía "que empieza con uno pero también acaba con uno", es la necesidad de valorarlo conforme a los problemas que trata de conjurar; cualquier desacomodación con estos puede resultar funesta, porque se puede incurrir en exagerada utopía o en grosera adoración de los requerimientos vitales de la hora, alternativas ambas de nocivas repercusiones para las instituciones y la sociedad.

Disentimos de la decisión mayoritaria fundamentalmente porque en esta etapa crucial de la administración de justicia no se está en condiciones de afrontar airoso este compromiso cuando se ha agudizado a su máximo la potencia del crimen organizado, y la respuesta que puede ofrecer la rama jurisdiccional ante el narcotráfico, el secuestro, la extorsión, el terrorismo, la rebelión y la sedición, es demasiado precaria y azarosa, así se tenga la mejor de las voluntades y el más templado carácter. Imposible en medio de un naufragio tratar de enseñarle al naufrago, en que aprenda a nadar (*sic*) así sea en dos lecciones del manual de natación. Somos demasiado ilusos, ¡pero no tanto!

Desde el mencionado salvamento de voto indicamos, así fuera en apretada y superficial enumeración, las reformas, programas y ayudas que se imponían para que la justicia administrada por la rama jurisdiccional pudiera afrontar tan delicada empresa, y eso que para tal época estábamos lejos de alcanzar la cresta de la ola de la criminalidad, la corrupción, la crisis y la desesperación como malhadadamente ha llegado a ocurrir, por obra de todos.

Conviene anotar que de lo recomendado en esa salvedad de voto poco se ha realizado, y de ahí que constituya aventura demasiado riesgosa asumir la responsabilidad que ahora decreta la mayoría de la Corte, sin contar con los medios necesarios para intentar una respuesta eficiente y debiéndose acudir, en el mejor de los eventos, a una calamitosa improvisación. Grave carga se ha echado sobre los hombros de esta justicia. Debe recibir un peso muerto de frustraciones, ganado por otros, y comparecer ante la historia como la que nada hizo, nada pudo y todo lo perdió. Ojalá el gobierno acuda prestamente, aunque con imperdonable retraso, a sufragar algunos de estos indispensables requerimientos, para que por lo menos la decisión no aparezca demasiado desastrosa y se evite el inmerecido hundimiento de la administración de justicia. Debemos reiterar que resulta inadmisibles que el estamento judicial, que ha aportado la máxima cuota de sacrificio en esta hecatombe, hoy tenga que cargar también con implacables censuras que destacarán su ineficacia y fracaso en este empeño, sin que se le haya atendido en el suministro de los más elementales medios de acción.

La angustiosa situación que hoy afrontamos, en este comentado plano, ha sido obra de todos, al punto de que la justicia no puede recibir, en este momento, este ponderoso encargo.

a) La Corte con su tradicional y casi inexpugnable tesis de permitir el juzgamiento de civiles por la justicia penal militar, permitió años atrás que el gobierno se desentendiera de las soluciones de fondo, las verdaderamente válidas y acertadas, o sea, las que buscaban capacitar y potencializar la administración de justicia, para auspiciar, por el contrario, el cómodo, repetitivo, fácil y engañoso remedio de la acción de los organismos castrenses.

b) La sociedad que con su vocación por el poder y el presupuesto no vaciló en sus apoyos ilimitados a los gobiernos de turno y al estamento judicial militar, abandonando poco a poco pero en forma muy influyente

a su administración de justicia y a sus legítimos ejecutores. Contemporizó desmedidamente con el delito y con sus pingües resultados económicos.

c) El cuerpo legislativo que apenas procuró, mediante toda clase de facultades extraordinarias, reformas simplemente nominales de las leyes, pero nunca la enmienda de fondo de todo lo que ha constituido el caldo de cultivo de la delincuencia que hoy campea. No ha estado en su pensamiento el mejorar la justicia, para dotarla de recursos y poderes adecuados, por no estar la misma en el radio de su dependencia. Sus reformas legales solo han propiciado parálisis y confusión judiciales y cuotas insufribles de impunidad.

d) El gobierno, que con la aplicación del art. 121 de la Constitución ha desencuadrado todo esquema jurídico fundamental. Si algo ha distinguido la aplicación de este precepto de excepción ha sido su abuso. Para levantar un censo de falencias del gobierno en cuanto a la deficiente marcha de la administración de justicia, basta ver en qué ha fracasado esta, cuáles son sus más sensibles fallas, y se advertirá que cada uno de estos factores corresponde a una actitud o a una omisión institucional del gobierno. Este, lejos de constituirse en apoyo decisivo de la justicia, en su colaborador eficaz, se ha reservado el papel de estorbarla y restarle perfección e idoneidad. Tantas veces se le ha autorizado la intervención militar en la justicia, sin que se dé propósito de enmienda que busque poner en marcha a los tribunales y jueces destituidos de sus funciones, que, escrutando razones en favor de la decisión de mayoría, encontramos como la más válida la de procurar, de una vez por todas, que el gobierno asuma el cumplimiento cabal de los deberes y obligaciones para con la justicia.

e) El ministerio público no ha tenido menos que ver en este cuadro de desolaciones. Tradicionalmente el auxilio a la rama jurisdiccional solo ha operado en el campo de la vigilancia judicial, pero no para prevenir sus desvíos, para introducir correctivos inmedia-

tos mediante la acción constante y oportuna de sus fiscales, o para colocar toda la dinámica de la policía judicial que ha manejado en el descubrimiento de los delitos o para reclamar con voz autorizada el remedio gubernamental a los tropiezos económicos y funcionales de esta rama del poder público, sino para acusar, tardíamente, por faltas de secundaria entidad, lo cual forma agudo contraste con el silencio que siempre ha mantenido cuando la gestión judicial ordinaria se desplaza hacia la organización castrense.

f) La justicia penal militar que nunca ha encontrado la esperada hora de su reforma institucional y se muestra errátil, deficiente y con visibles lastres de *espíritu de cuerpo*. No puede pasarse por alto que, inveteradamente, ha tenido el manejo penal de estas calificadas formas delincuenciales y nunca las conjuró con los poderes que le daba la aplicación de los procedimientos de las cortes marciales, hasta el punto que el problema está hoy más extendido, poderoso y se muestra con alucinantes características. Se redujo a afrontar cansinamente los casos de flagrancia de las acciones secundarias, casi que apenas rasguñando esporádicamente lo que, por falta de individualización, constituiría fantasmagóricos cultivos de marihuana o de coca, el laboratorio dirigido por algún gnomo, la venta callejera de estupefacientes, y cuando por forzada amalgama de las circunstancias se dio con alguien de importancia, el único delito deducible fue el porte ilegal de armas. No deja de extrañar que esta última ocurrencia se centre reiteradamente en la misma persona, ignorándose si todo se debe a afán de convertirlo en mártir, héroe, chivo expiatorio o fuente de indebidos tratos. Esa persona casi que ya no conserva su nombre de pila, y la opinión lo llama "*el de siempre*".

En lo único que la justicia penal militar puede mostrarse ágil, tal vez porque en ello va su supervivencia, es en la persecución de lo que hace tiempo se apellidó delincuencia política, luego delincuencia politicosocial, después subversión, luego guerrilla, más adelan-

te bandolerismo, narcoguerrilla y ahora delincuentes políticos comunes.

De resto ha sido igual o más ineficaz a como podría serlo en algunos aspectos la justicia ordinaria, pero con la diferencia de que a esta se le han negado todas las posibilidades de acción, brindadas pródigamente a aquella.

g) La ceguera de la delincuencia: Esta no ha podido entender que sus jueces deben ser independientes, probos, imparciales, competentes, pues solo así es posible la tutela de lo que la Constitución y las leyes les conceden; que cuando actúan tratando de aplicar debidamente la ley, solo el interés de esta los guía y disciplina, y no la moda dominante de negarles o concederles todas las prerrogativas. No han podido vislumbrar que el juez no está ni para favorecerlos inmercidamente, ni para perseguirles caprichosa o arbitrariamente; que es ajeno al resultado de su conducta y que una vez cometido el delito debe responder con el instrumento de acción que le da la ley, *so pena* de prevaricar y de merecer la cárcel y la postración ética.

Han querido reducirlos a la órbita de sus propósitos sin más alternativas que la venalidad o la muerte. Los administradores de justicia cuando los delincuentes no buscan su físico exterminio, pueden y deben actuar. Están destinados, aunque suene a paradoja o a letra de conocida música vernácula, para el delincuente honrado: aquel que si bien no ceja en el delito y procura su impunidad, llegada la hora de afrontar la responsabilidad, se somete al legítimo juzgamiento. Pero cuando se ha tomado camino distinto y se acude a la eliminación no solo de la víctima sino del testigo, del juez, del auxiliar de este, de los jurados, de los investigadores y de todo lo que tenga que ver con el procesamiento, entonces él mismo está reclamando y creando el ambiente necesario para que actúen otros organismos, no forjados en el mismo troquel del juez profesional; prepara así su definitiva perdición porque el estado de derecho se ve sustituido por la vía del hecho, por la justicia por propia mano o por grupos pagados por

los ofendidos o por los que forman parte de su mismo nivel social, económico, político, etc.

Todo esto conduce a que la justicia penal militar deba afrontar la culminación de esta época de aguda crisis; pues ni la administración de justicia cuenta con elementos apropiados para ello, ni se le deja actuar en algunos niveles, ni es admisible que reciba una herencia de mayúsculos errores, que en donde otros sembraron el germen de disolución a ella se le imponga el legado del sacrificio definitivo.

La sentencia hace mención del fallo de 24 de julio de 1971. Conviene una transcripción olvidada de esa decisión, con la cual siempre alertamos a la Corte sobre lo que podría acontecer, evento que ha llegado a ser, al menos para nosotros, una deplorable pero indiscutible realidad y que nos obliga a disentir de la mayoría. Se dijo entonces: "... Si las circunstancias de hecho —ajenas a la voluntad del gobierno— tienen tal incidencia que son capaces de impedir la actividad correspondiente a las atribuciones privativas de la rama jurisdiccional del poder público, se dará en concreto la *calamitosa situación excepcional* a que sea aplicable el *remedio heroico* de que una misma persona o corporación pueda ejercer «simultáneamente la autoridad política y la judicial o militar».

"Este es el verdadero significado y alcance del art. 61 dentro del espíritu incontrastable de la Carta Fundamental que organiza la nación colombiana como república democrática y representativa. Y puesto que el art. 61 modifica y altera el principio sustancial de la separación de los poderes públicos, ha de verse con toda claridad que el constituyente contempla allí nada más que la *situación excepcional, angustiosa y extrema* de que en los hechos no pueda funcionar conforme a los dictados de la Carta la rama jurisdiccional. En conflictos tales, la ejercerán de emergencia las autoridades políticas o las civiles y militares, desde luego que sin administración de justicia la sociedad no puede subsistir, y no *habría otro camino para el retorno a la normalidad...*"

Juzgar esta realidad es lo que puede llevar a considerar el decreto como avenido a la Carta o repudiarlo por este fundamental vicio. Para nosotros la realidad es demasiado tozuda y sensible. No es que queramos dramatizar pero lo que se vivió meses antes del 6 y 7 de noviembre de 1985, lo que se padeció en ese momento y lo que se sufre ahora, indican que se han cumplido las condicionantes transcritas. Esa hipótesis extrema y dolorosa aparece como algo cierto e incontestable. Reconocerlo así y abrir paso al art. 121, puede que no sea razón ni remedio poderoso para evitar el colapso pero sí para atemperarlo o diferirlo, y por lo menos para no aniquilar y desprestigiar total e injustamente a la rama jurisdiccional del poder público.

Una glosa final. No comprendemos la declaratoria de inexecutable del art. 3° en razón de la inconstitucionalidad del resto del

articulado. Los beneficios de libertad y condena condicional se dispensan por la gravedad del hecho en el momento en que esa delincuencia se desata. ¿Negará alguien que en este sentido hay que endurecer un poco este tratamiento? ¿No han sido los aumentos de pena; aun para satisfacerlos más allá del estado de sitio, remedio constante y que la mayoría no repudia? Pero por lo visto la Mayoría de la Sala lejos de considerar el delito y el delincuente ha tenido en cuenta al juzgador, como si este así sea ordinario, común, especial, extraordinario o militar fuera el destinatario de la medida. Creo que este precepto debió conservar vigencia. Podría discutirse su conveniencia, tan difícil de rechazarla por esta consideración, pero nunca por inconstitucional y más sobre la base del argumento de esencia expuesto para arribar a la conclusión de inconstitucionalidad.

II. DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTS. 4° Y 5° DEL DECRETO 3664 DE 1986 *

Mag. ponente: Dr. JESÚS VALLEJO MEJÍA
Marzo 12 de 1987.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

En el concepto del procurador general de la Nación se pide la declaración de executable del decreto legislativo 3664 de 1986, exceptuados los arts. 4° y 5°.

a) La executable

Los argumentos del concepto fiscal para pedir la executable de los arts. 1°, 2°, 3°, 6° y 8° del decreto son:

1. Respecto de los arts. 1° y 2° que definen hechos punibles y establecen sus sanciones, dice que puede el presidente de la República, obrando como legislador extraordinario en ejercicio de las facultades que le otorga el art. 121 de la Constitución, tipificar los delitos y contravenciones y señalar las sanciones correspondientes.

2. La supresión del derecho a la libertad provisional y a la condena de ejecución condicional para los infractores de arts. 1° y 2° son constitucionales, según el fiscal, puesto que son asuntos que compete regular a la ley, la cual puede resultar suspendida por los decretos legislativos dictados bajo el régimen del estado de sitio, como lo hace el art. 3° del decreto legislativo.

3. Considera executable el art. 6° porque es una atribución propia de las Fuerzas Armadas otorgar los salvoconductos para el porte de armas, siendo por tanto consecuente que corresponda la suspensión de los mismos a los comandantes de Brigada, Unidad Táctica, Base Naval y Aérea, como lo establece la norma examinada.

4. Señalar la fecha de vigencia como lo hace el art. 8° y destacar la temporalidad del decreto, es ajustado a la Constitución.

5. En torno al art. 7° del decreto en estudio el procurador no hizo consideración especial.
b) La inconstitucionalidad de los arts. 4° y 5° del decreto legislativo 3664 de 1986

Con ellos se atribuye el conocimiento de las infracciones mencionadas a la justicia penal militar, se señala el procedimiento y se otorga competencia para la segunda instancia al Tribunal Superior Militar. El procurador reitera sus opiniones vertidas al analizar el decreto legislativo 3671 de 1986, cuya fotocopia anexa.

Se trata del concepto núm. 1109 del 13 de febrero de 1987, donde luego de relacionar los diversos fallos de la Corte sobre el tema y los conceptos del ministerio público, así como de hacer sus glosas apoyado en que las únicas autorizaciones expresas de la Carta para la acumulación de funciones judiciales con las militares son las de los arts. 27-2 y 170, que son excepcionales frente a la regla general de la separación de funciones impuestas por el art. 55 de la Constitución, indica que su aplicación no puede ser ampliada por el legislador y repara como inexecutable las provisiones en comentario para la justicia penal militar.

Dice también el concepto que se viola el art. 26 de la Carta con el traspaso de conocimiento de delitos de la jurisdicción ordinaria a la castrense, porque no es cambio de competencia del resorte legal sino una transferencia de una jurisdicción a otra, ambas de creación constitucional, por lo que no pueden ser ampliadas o restringidas a voluntad del legislador ordinario o extraordinario.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a) Examen formal

Toda la República se encuentra en estado de sitio desde la vigencia del decreto 1038 de 1984, declarado executable por la corporación según fallo del 14 de junio de 1984.

El decreto 3664 de 1986 se expidió en ejercicio de las facultades concedidas al presidente por el art. 121 de la Constitución y como desarrollo del mencionado decreto 1038 de 1984.

El decreto legislativo que se revisa lleva la firma de todos los ministros del Despacho y desde luego la del presidente, ajustándose así a lo que exige el art. 121 de la Constitución, en lo que a formalidades se refiere.

b) Examen material

Es claro el art. 121 de la Constitución Nacional al autorizar al gobierno, dentro del estado de sitio, para suspender las disposiciones legales que sean incompatibles con dicha emergencia, pudiendo entonces dictar normas transitorias que entren a reemplazarlas mientras dure la turbación del orden público.

Ello permite que el gobierno tome medidas de orden penal, tanto en lo sustantivo como en lo atinente al procedimiento, para regular y sancionar conductas que alteren la paz social, tales como las que tipifican los arts. 1° y 2° del decreto que se revisa, los cuales son por consiguiente executable. Lo es también el art. 3° al establecer una disposición procedimental que no viola la garantía del derecho de defensa que consagra el art. 26 de la Constitución Nacional.

Son inexecutable, en cambio, los arts. 4° y 5° por las razones expuestas por la Corte en la revisión constitucional del decreto 3664 de 1984, a las cuales se remite en esta oportunidad.

Sobre el art. 6°, que autoriza a las autoridades militares que ahí se mencionan para suspender los salvoconductos ordinarios otorgados para portar armas de defensa personal, ha considerado la Corte que medidas de esta índole "son conducentes para el restablecimiento del orden público, y, por consiguiente, encajan dentro de las facultades que al presidente de la República le confiere el art. 121 de la Constitución, «previa declaración de turbación del orden público y de estado de sitio, como ha ocurrido»" (sent. de 2 de diciembre de 1976).

Se trata entonces de un desarrollo del art. 48 de la Constitución Nacional, especialmente para épocas de turbación del orden público, conforme a las características que esta asuma y según la inteligencia que del mismo tiene el gobierno en cuanto al porte de armas

* El expediente en que se halla contenida la decisión se halla radicado bajo el núm. 1557 (235-E). Sentencia núm. 26, acta N° 10.

y sus salvoconductos, lo cual nada tiene que ver con la noción de los derechos adquiridos (art. 30 *ibidem*), tanto por lo dicho como por referirse a una facultad administrativa dispuesta por la ley.

Es pues exequible esta disposición, lo mismo que los arts. 7º y 8º que versan sobre la vigencia temporal del decreto, en términos que en modo alguno pugnan con el orden constitucional, aunque sí conviene destacar, en relación con el último de los mencionados preceptos, la inexplicable ligereza de haber dispuesto la derogatoria integralmente los decretos 1056 y 1058 de 1984, en cuanto incluían conductas delictivas, aspecto que nada tenía que ver con las modificaciones propias de los arts. 1º, 2º y 3º del decreto en estudio y que, de haberse mantenido la competencia penal militar, habría creado no pocas dudas, confusiones y controversias.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, previo estudio de su Sala Constitucional y oído el concepto del procurador general de la Nación,

RESUELVE

Declarar inexecutable los arts. 4º y 5º del decreto legislativo núm. 3664 de 1986.

Declarar executable los arts. 1º, 2º, 3º, 6º, 7º y 8º del mismo decreto legislativo.

Cópiese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DEJA CONSTANCIA:

Que el magistrado José Alejandro Bonivento Fernández, no asistió a la Sala Plena celebrada el día doce de marzo de mil novecientos ochenta y siete, por encontrarse con excusa justificada.

SALVAMENTO DE VOTO

DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ALBERTO
OSPINA BOTERO, HÉCTOR MARÍN
NARANJO, RAFAEL ROMERO SIERRA
Y JAIME GIRALDO A.

Como no comparto la decisión adoptada por la Corte, en cuanto declaró inexecutable los arts. 4º y 5º del decreto 3664 de 1986, consigno brevemente los motivos de mi dissentimiento.

1. He considerado, con fundamento en el art. 61 de la Constitución, que en tiempos de perturbación del orden público bien puede atribuirse a la jurisdicción penal militar el juzgamiento de ciertos delitos cometidos por civiles, cuando estas medidas sean aconsejables para el restablecimiento del orden público.

2. La doctrina constitucional de la Corte ha entendido que el art. 61 de la Carta autoriza, para tiempos de no paz, como el que vive el país actualmente, extender y asignarle a la justicia penal militar el juzgamiento de delitos cometidos por civiles.

En efecto, dijo la Corte en sentencia de 30 de octubre de 1978:

“Precisamente, el decreto 1923 no ha hecho en este aspecto sino aplicar la excepción del art. 61 que autoriza para tiempos anormales la acumulación y, por tanto, el traslado transitorio de competencias, y expresamente las de naturaleza jurisdiccional, en órganos distintos a los que las ejercen ordinariamente, lo cual legitima la adscripción a la justicia penal militar, y a las autoridades militares y de policía que aquel decreto determina, el conocimiento y sanción de ciertos delitos y contravenciones.

”El decreto en estudio no creó organismos *ad hoc*, ni cambia el origen ni la composición de los existentes. Simplemente, faculta a ciertas autoridades el ejercicio simultáneo de las atribuciones que ordinariamente les compete, con las que les son adscritas transitoriamente, según la autorización constitucional del art. 61”.

3. El criterio precedente lo reiteró la corporación en decisiones de 23 de mayo de 1980 y de 3 de julio de 1984.

4. Por ello, no concibo que los arts. 4º y 5º del decreto 3664 de 1986, dictado por el gobierno en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 121 de la Constitución Política y en desarrollo del decreto 1038 de 1984, que le asignan a los Comandos de Brigada, Fuerza

Naval o Base Aérea y al Tribunal Superior Militar el conocimiento de las infracciones señaladas en los arts. 1º y 2º del mismo decreto entren en conflicto con la Constitución, pues se trata de medidas de excepción, que tienen apoyo constitucional en los arts. 61 y 121.

Fecha *ut supra*.

Como compartimos el anterior salvamento de voto nos adherimos a él.

* * *

COMENTARIO

I. IMPORTANCIA DE LAS SENTENCIAS

No podemos menos que tomar con profundo regocijo esta decisión de nuestro máximo tribunal de justicia, que procura poner fin al irrespeto secular del principio constitucional del *juez natural* por un ejecutivo que había institucionalizado, al amparo del art. 121 de la Constitución Nacional, la competencia de los militares para conocer de procesos penales contra civiles. Ojalá sea suficiente cortapisa para inhibir posturas autoritarias que seguramente intentarán revivir esta competencia, no obstante ser ya incontrovertible que la misma viola principios constitucionales y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos¹. La respuesta del gobierno a las declaratorias de inexecutable, no es la más respetuosa de las garantías democráticas que digamos², lo que nos determina a no ser muy optimistas para un futuro lejano.

Pero que quede muy claro que las sentencias objeto de nuestro comentario se asientan sobre pilares perennes e inamovibles. En ellas no solo se hace una atinada interpretación de nuestra Constitución sino que, también y principalmente, recogen un principio de civilización que ha de ser norte de cualquier política criminal que respete los mínimos derechos del hombre, como el de que la justicia ha de ser administrada por órganos *imparciales, independientes y versados en ciencias jurídicas*, atributos que la justicia penal militar nunca podrá ostentar.

¹ Cfr. PEDRO PABLO CAMARGO, *Crítica a la Constitución colombiana de 1986*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 430-431; GUSTAVO GALLÓN GIRALDO, “Leyes y excepciones en el derecho a la vida”, en *Controversia*, núm. 119, Bogotá, Cinep, 1984, págs. 57 y ss.

² El gobierno del presidente Barco ya ha respondido con la expedición de los decretos 468 y 565 de 1987. En ellos se otorga competencia para conocer de algunos delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes (cfr. art. 1º del decreto 468/87), así como los de porte, fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (art. 1º del decreto 565/87), a “jueces especializados”, y se establece como procedimiento el especial a que alude el capítulo II de la ley 2ª de 1984. Como ya se ha advertido, “...el debido proceso legal sufre así un serio menoscabo, puesto que con dicho rito procesal, “no solo por ser «breve y sumario» y residenciar en un mismo juez las facultades de investigar y fallar el proceso, sino por establecer restricciones al derecho de defensa, comporta una transgresión de normas de rango constitucional y aprobatorias de tratados públicos (art. 26-1 de la Const. Nal., leyes 74 de 1968 y 16 de 1972). Indudablemente, este es el inicio de una peligrosa política encaminada a institucionalizar el procedimiento más regresivo con que cuenta la legislación ordinaria actualmente vigente, ampliándolo a los tipos delictivos que acorde con el amañado criterio del ejecutivo perturban en un momento dado el «orden público»...” (Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ V., JESÚS VALLE JARAMILLO, JAIME POSADA ORREGO y HERNANDO L. LONDOÑO BERRIO, *Regulación sobre armas y estupefacientes*. Anexo. Medellín, Edit. Colegas, 1987, pág. 8).

Fructifica entonces así la lucha que desde hace años y en diferentes frentes muchos venían librando, entre los que destacamos al maestro ALFONSO REYES ECHANDÍA³ y a MIRO SANDOVAL HUERTAS⁴, quienes ya habían denunciado que una de las consecuencias de la Doctrina de la Seguridad Nacional era, entre otras, el abuso de los estados de excepción para entregar al poder militar el juzgamiento de civiles, como parte de una estrategia que apunta a inhibir la "consolidación de sistemas democráticos reales" y a perpetuar la dependencia económica-política en que se nos ha mantenido.

El vínculo aquí denunciado, históricamente encuentra corroboración en múltiples ejemplos, siendo uno de ellos el decreto legislativo N° 2 de 1928 —durante la presidencia de Miguel Abadía Méndez—, que dispuso el juzgamiento por consejos verbales de guerra⁵, de los trabajadores acusados de haber tomado parte en la huelga de ese mismo año contra la United Fruit Company, trabajadores que, previamente, por decreto del Jefe Civil y Militar de la zona, fueron declarados "Cuadrilla de malhechores"⁶.

Con posterioridad sobrevienen situaciones de índole similar, hasta llegar, durante el régimen autocrático de Turbay Ayala, al Estatuto de Seguridad (decreto legislativo 1923 de 1978)⁷, que criminalizó toda forma de disenso u oposición y dio competencia a los militares para conocer de los procesos contra los sindicatos de tales conductas, lo que se erigió en instrumento de violencia contra los sectores democráticos del país, que reivindicaban de diferentes formas una transformación de la sociedad colombiana para que en esta fuesen posibles la vida, la paz, la justicia social y la vigencia de los derechos humanos, ambiciones que los intereses de sectores minoritarios con poder económico y político no han permitido que se hagan realidad.

Más recientemente, siguiendo el ejemplo de lo que hiciera el gobierno de Belisario Betancur (cfr. decreto legislativo 1042 de 1984), el de Virgilio Barco expidió el decreto legislativo 3671 de 1986, que les otorgó competencia a los militares para conocer de algunos de los delitos contenidos en el Estatuto Nacional de Estupefacientes. Ello no era más que una postura demagógica, que apuntaba a significarle a la opinión pública nacional que se estaban tomando medidas "drásticas" y "eficaces" contra el tráfico de estupefacientes, a la vez que en el contexto internacional le permitía al gobierno mostrarse sumiso a las demandas norteamericanas de contención real de producción y exportación de cocaína, con la vinculación a esta lucha del ejército colombiano, que siempre les ha merecido confianza por las ejecutorias materiales en su favor⁸.

³ ALFONSO REYES ECHANDÍA, "Legislación y Seguridad Nacional en América Latina", en *Nuevo Foro Penal*, N° 32, Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 141 y ss.

⁴ MIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, cap. III, 4, págs. 84 y ss. Del mismo, "Comentarios a la sentencia de la Corte que declaró constitucional el decreto 1042 de 1984", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. VII, N° 24, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 122 y ss.

⁵ Cfr. PEDRO PABLO CAMARCO, *Crítica a la Constitución de 1886*, cit., pág. 422; MIGUEL URRUTIA, "El desarrollo del movimiento sindical y la situación de la clase obrera", en *Manual de Historia de Colombia*, t. III, Bogotá, Colcultura, 1980, pág. 233.

⁶ Cfr. RENÁN VEGA, "La masacre de las bananeras", en *Historia de Colombia*, fasc. 9, Bogotá, Edit. Oveja Negra, 1985, pág. 150.

⁷ Cfr. ÁLVARO MAZO BEDOYA, "Criminalización para la represión. Estatuto de Seguridad", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, N° 4, Cali, págs. 73 y ss.

⁸ En corroboración de este aserto se encuentra, en primer lugar, la postura claudicante y sumisa que ha observado el gobierno ante las exigencias norteamericanas respecto del Tratado de extradición, luego de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley que lo aprobó (ley 27 de 1980); y en segundo lugar, el acceder, por la amenaza de diferentes formas de represalia, a la criminal política de fumigar con glifosato las plantaciones de marihuana y coca (cfr. sobre

Por ello, como lo señala uno de los salvamentos de voto, esta medida solo tuvo el efecto de un simple rasguño sobre órganos secundarios de la estructura delictiva, dejando indemnes a los principales responsables de la misma. Esto no es de extrañarse puesto que nuestras Fuerzas Armadas, inmersas doctrinariamente en la teoría de la Seguridad Nacional, solo tienen como enemigo y centro de lucha la "insurgencia", entendiéndose por esta lo que sus mismos teóricos señalan: "Todo intento de parte de una organización disciplinada de hombres para efectuar un reestructuramiento socioeconómico de la sociedad en nombre de aquellos amplios sectores económicos necesitados y que no participan en la vida política de su propio país"⁹. A esto hay que agregar que por ser defensoras del *statu quo*, y habiendo sido legalizada gran parte de la economía subterránea del narcotráfico¹⁰, la defensa del capital ("legal" y "legalizado") que de ellas se demanda, la hacen en forma indiscriminada. Y tampoco podemos olvidar que el poder económico y político alcanzado por el narcotráfico y la capacidad corruptora implícita en ello, lo ha hecho inmune a la acción oficial.

Respecto a la regulación sobre armas y municiones por el actual gobierno (decreto legislativo 3664 de 1986), para justificarla se nos dijo que iba a ser un instrumento eficaz para prevenir los diferentes atentados contra la vida e integridad personal. El transcurso del tiempo nos permitió comprobar que ello no era más que un recurso para "restaurar" la precaria imagen de un gobierno incapaz de brindar seguridad y una forma de encubrir negligencias y responsabilidades en prácticas genocidas como la desaparición forzada de personas¹¹, el asesinato de dirigentes políticos y populares¹² y la proliferación de "Escuadrones de la Muerte" para "resolver" el problema de la marginalidad social y la pequeña delincuencia que le es anexa. Pero también, con la vigencia de los decretos 1056 y 1058 de 1984, quedó claro que asignarles a los militares el conocimiento de los procesos contra personal civil por estos hechos, terminaba por convertirse en una velada asignación de competencia para conocer de los delitos políticos como la rebelión y la sedición¹³.

este tópico: ROSA DEL OLMO, "Aerobiología y drogas, delito transnacional", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, N° 14, Cali, 1986, págs. 65 y ss.; también nuestro trabajo "El Estatuto Nacional de Estupefacientes. Una política criminal inconveniente", en *Nuevo Foro Penal*, N° 33, Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 292-293.

⁹ MICHAEL CH. CONLEY, cit. por MIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal...* cit., pág. 90. Cfr. también GUSTAVO GALLÓN GIRALDO, "La República de las armas", en *Controversia*, N°s. 109-110, Bogotá, Cinep, págs. 45 y ss.

¹⁰ Ello ha sido posible porque ha contado hasta con la ayuda oficial que ha expedido una legislación que lo favorece, de lo cual son ejemplos la *ventanilla siniestra* del Banco de la República (resolución 2 de 1976) y la *amnistía tributaria* (decretos 3747 de 1982 y 236 de 1983). Recientemente la Corporación de Estudios Ganaderos y Agrícolas (CEGA), organismo de investigación de los grandes propietarios del agro, denunció la adquisición de grandes extensiones de tierra en todo el país por el narcotráfico, preferentemente en zonas de mayor violencia social y política (Magdalena Medio, Urabá, Cesar, Cauca, etc.) (cfr. "El narcotráfico se toma la ganadería del país", *El Espectador*, abril 1° de 1987, págs. 1-A, 10-A). Y hasta el mismo gobierno ha dado a conocer la existencia de empresas industriales y comerciales que tienen lazos estrechos con el narcotráfico (cfr. "Revela el Gobierno: 230 empresas tienen nexos con el narcotráfico", *El Mundo*, abril 6 de 1987, págs. 1-A, 6-A).

¹¹ FABIO ZAPATA y otros, "La detención-desaparición como aspecto del terror represivo". Ponencia presentada al V Foro de Derechos Humanos, Bogotá, 24 a 26 de abril de 1987. Allí se cuantifica en 987 personas el número de detenidos-desaparecidos en el país, para noviembre de 1986.

¹² HUMBERTO OVIEDO y otros, "La aplicación sistemática y de facto de la pena de muerte en Colombia". Ponencia presentada al V Foro de Derechos Humanos cit. En este trabajo se afirma que entre los años 1981 y 1986 se han cometido 3.536 asesinatos contra este tipo de personas.

¹³ Cfr. nuestro ensayo "Los nuevos decretos de estado de sitio desde el punto de vista político-criminal", en *Regulación sobre armas y estupefacientes*, cit., págs. 157-158.

Por los múltiples abusos que en Colombia se dan como consecuencia del desconocimiento de la garantía constitucional del juez *natural*, es por lo que tampoco podremos compartir la posición de los distinguidos magistrados que suscriben uno de los salvamentos de voto¹⁴, en el que afirman que puede renunciarse a esta garantía, cuando ello sea necesario para restablecer el “orden público”. En nuestro sentir, nunca el “orden público” podrá ser perturbado como consecuencia de que la administración de justicia esté en manos de jueces *probos, imparciales, independientes, versados* en ciencias jurídicas y cuyo primero y último fin en el ejercicio de su cargo sea el de absolver al inocente y castigar al culpable, y nunca el de “encontrar responsables a todo trance”. Jamás podremos comulgar con el planteamiento que reivindica como necesario para la paz el prescindir de jueces de la condición moral, jurídica y científica descrita, para designar en su reemplazo a aquellos que juzgan no por el hecho cometido y la culpabilidad que le corresponda, sino por la ideología política que el procesado defienda, o por su militancia en organizaciones sindicales, cívicas, populares, etc.

Un régimen que necesite prescindir de los jueces naturales para restablecer el “orden público” nunca podrá ser un régimen de derecho, sino el más craso autoritarismo y buen inicio de la barbarie¹⁵. La raíz del conflicto socioeconómico y político que se vive no está en la carencia de medidas represivas como la comentada, que inveteradamente han tenido vigencia, sino en la oposición de los sectores dominantes a transformaciones radicales que hagan posible en forma igualitaria el acceso a los derechos fundamentales.

III. OBJECIONES A LA DECISIÓN DE EXEQUIBILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1º, 2º Y 3º DEL DECRETO 3664 DE 1986

Respecto a los dos primeros, discrepamos con fundamento en los siguientes motivos:

En primer lugar, el art. 121 de nuestra Constitución autoriza al gobierno a dictar normas con vigencia *transitoria*, es decir, que *suspendan* disposiciones legales que sean incompatibles con el estado de sitio. Pero resulta que dichos artículos prescriben sanciones privativas de la libertad hasta de ocho (art. 1º) y diez (art. 2º) años de prisión, que si se han de imponer efectivamente —y sin ello no tendría razón de ser la disposición— demanda la *vigencia ininterrumpida* del estado de sitio durante ese mismo tiempo. Esto, sin lugar a la más mínima duda, está en abierta pugna con el carácter *transitorio* que la Constitución Nacional confiere al estado de sitio y, desde luego, a las normas expedidas en el ejercicio de dichas facultades.

¹⁴ Cfr. *supra*, salvamento de voto de los magistrados HERNANDO GÓMEZ OTALORÁ, LISANDRO MARTÍNEZ ZUÑIGA, HÉCTOR GÓMEZ URIBE Y RAFAEL ROMERO SIERRA.

¹⁵ No podemos olvidar el legado del maestro ALFONSO REYES ECHANDÍA, quien sobre este particular dijera que “con la captura del rebelde, el militar victorioso se convierte en juez ¿Será posible entonces esperar un juicio imparcial cuando el juez está juzgando a su propio enemigo? Definitivamente no. Por eso no sorprende la sentencia de condena, fundada a veces sobre la propia confesión, nacida bajo el clímax angustioso de la tortura material o psicológica” (“Legislación y Seguridad Nacional”... cit., pág. 150). Tampoco podemos afirmar que las condiciones históricas hayan cambiado hasta el punto de que esta denuncia que hiciera Amnistía Internacional para el año de 1980, sea cosa del pasado remoto: “Basándose en los testimonios recibidos, Amnistía Internacional puede afirmar, sin temor a equivocarse, que en Colombia se tortura a presos políticos en las dependencias militares, en una medida tal que no se pueden considerar como casos excepcionales y fortuitos sino, al contrario, como una práctica sistemática” (cit. por GUSTAVO GALLÓN GIRALDO, “Leyes y excepciones en el derecho a la vida” cit., pág. 80). Más recientemente, sobre el mismo tópico, cfr. ROBERTO QUINTERO MARIÑO, “Los militares en Colombia: Ideología y práctica”, en *La realidad del “sí se puede”*, Bogotá, C. S. P. P., 1984, cap. II, págs. 27 y ss.

En segundo lugar, dichos artículos —especialmente en lo que respecta a las circunstancias agravantes—, como ya antes con sólidos fundamentos se ha sostenido¹⁶, desconocen en forma ostensible los *principios de legalidad y de determinación* (arts. 26 C.N.; 1º y 3º del C.P.), por la consagración de tipos penales con contenido equívoco e indeterminado. Igualmente, dan pábulo al retorno de la responsabilidad objetiva, vulnerando con ello el principio de culpabilidad (ley 74 de 1968: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, num. 20; ley 16 de 1972: Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, art. 8º, num. 4º; art. 5º C.P.)¹⁷. También en los eventos de los numerales b) y c) del art. 1º se viola el *principio non bis in idem* (ley 74 de 1968, art. 14, num. 8º; ley 16 de 1972, art. 8º, num. 4º); y en todos los casos, el *principio de presunción de inocencia* (ley 74 de 1968, art. 14, num. 2º; ley 16 de 1972, art. 8º, num. 2º)¹⁸.

En cuanto al art. 3º del decreto, la declaratoria de exequibilidad se hace sobre la base de que “no viola la garantía del derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional”. Aunque esta afirmación es cierta, no lo es menos que la severa restricción de la libertad contenida en dicha norma constituye un ominoso desconocimiento del *principio favor libertatis* (ley 74 de 1968, art. 9º, num. 3º; ley 16 de 1972, art. 7º, num. 5º) e institucionaliza injustas discriminaciones en materia procesal “que no tienen razón de ser a la luz de los principios de equidad e igualdad procesal, pues ninguna tesis que resista un análisis serio y científico puede justificar la negación de la libertad, en los eventos de que tratan los numerales 3º, 4º, 5º, 7º, 8º y 9º del art. 453 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 44 de la ley 2ª de 1984)”¹⁹.

Resulta lamentable, entonces, que nuestra Corte, no obstante violar el decreto principios tan caros al Estado de Derecho y a los Derechos Humanos, lo haya declarado parcialmente exequible. Solo nos resta esperar que prospere la presión popular en procura del levantamiento del estado de sitio, que traería implícita la cesación de la vigencia de estas disposiciones.

Creemos cumplir así con el compromiso que hemos asumido de formular un breve análisis crítico a estas sentencias, que indudablemente marcarán un hito histórico en el contexto jurídico de la Nación. Sabemos que nos faltan muchos tópicos por cobijar, cosa que procuraremos hacer en un futuro próximo.

¹⁶ Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ V. y otros, *Regulación sobre armas y estupefacientes* cit., págs. 81 y ss., 154 y ss. y 181 y ss.

¹⁷ *Ídem*, págs. 84-85 y 181 a 183.

¹⁸ *Ibidem*, págs. 154-155.

¹⁹ *Ibidem*, Anexo, pág. 9.